

Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civilistische Praxis.

Neunzehnter Band. Zweites Heft.

VII.

Ueber Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispositionen.

Von Francke.

§. 1.

Es war nicht der Zweck dieser Abhandlung, die Frage, welche Wirkungen die Anerkennung eines ungültigen Testaments hervorbringt, vollständig zu erschöpfen, und in allen ihren rechtlichen Beziehungen zu erörtern, vielmehr ist dieser Aufsatz nur auf die Beantwortung der beiden Fragen gerichtet:

I. Unter welchen Bedingungen kann derjenige, welcher ein Testament anerkannt hat, dieses später selbst noch anfechten; um dagegen entweder sein Intestaterbrecht oder Rechte aus andern letztwilligen Dispositionen geltend zu machen?

II. In wie weit bleiben ihm dergleichen Ansprüche, wenn das von ihm anerkannte Testament von Andern umgestürzt wird?

Im Ganzen also fragen wir, ob wir durch Anerkennung einer nichtigen Disposition Erbansprüche verlieren, die uns wirklich zustanden, welche aber durch jene Disposition, im Fall sie gültig wäre, aufgehoben seyn würden.

Ueber diese Frage findet man oft nur unvollständige Nachweisungen, und bei einzelnen Puncten sehr widersprechende oder schwankende Ansichten. Der Grund hiervon liegt entweder darin, daß man öfter die ganze Lehre nicht in ihrem Zusammenhange betrachtete, und eben so oft zur Beantwortung einer einzelnen Frage sich auf Stellen des Corpus juris bezog, welche von ganz verschiedenen Dingen handeln, indem man nämlich hierbei nicht die Anfechtung nichtiger und an sich gültiger Testamente unterschied.

Es wird aber keiner besonderen Ausführung bedürfen, um zu zeigen, wie sehr wir bei der unter I. aufgestellten Frage unterscheiden müssen zwischen der Anfechtung ungültiger Testamente, und solcher, die an sich gültig errichtet sind, und welche nur auf außerordentlichem Wege rescindirt werden können; denn es muß doch ein Unterschied sein zwischen gültigen Testamenten und an sich nichtigen Dispositionen. Wer ein Testament als nichtig bestreitet, (weil vielleicht der Erblasser zur Errichtung eines Testaments überall nicht befähigt war, oder weil es an den Formen des Testaments fehlt, oder aus anderen Gründen), der hat keine besondere Rescissionsklage erhoben, sondern er macht nur sein Intestaterbrecht geltend, er hat eine hereditatis petitio ab intestato angestellt. Nur das gesetzliche Erbrecht bildet das Fundament seiner Klage; und wenn dagegen der Beklagte sich auf das Testament beruft, so wird dieses nur als an sich ungültig bestritten, und dessen rechtliche Existenz in Abrede gestellt [1]). Ganz anders

1) Es kann freilich sein, daß der Kläger doch den Beweis der Nichtigkeit übernehmen muß, z. B., wenn er behauptet, der Testirer, oder auch ein Zeuge, sei prodigus gewesen, oder der eingesetzte Erbe habe die Einsetzung selbst geschrieben, oder es sei die Testamentserrichtung durch fremdartige Rechtsacte unterbrochen gewesen. Dieses ist von dem aufgestellten Unterschiede ganz unabhängig und beruhet auf den gewöhnlichen Regeln über die Beweislast, wonach alle Mängel eines der äußeren Form nach vorliegenden Rechtsgeschäfts jedesmal von dem bewiesen werden müssen, welcher sie behauptet. L. 5. D de probat. 22. 3.

stehet die Sache, wenn ein wirklich gültig errichtetes Testament vorliegt, und der Kläger nur aus besonderen Gründen verlangen darf, daß zu seinem Besten das Testament aufgehoben, oder außer Wirksamkeit gesetzt werde. Hierher gehört im Römischen Rechte die querela inofficiosi testamenti, aber ebenso auch die bonorum possessio contra tabulas, sowohl diejenige, welche emanzipirte Kinder gegen des Vaters oder väterlichen Großvaters Testament nachsuchten, wie auch die, welche dem Patronus gegen seinen Freigelassenen, und dem Vater als parens manumissor zustand. Ein solches Testament ist an und für sich gültig, und es kann durch die geschehene Anerkennung unangreifbar werden. Aber wird ein nichtiges Testament gültig durch Anerkennung, gewährt es nunmehr dem darin Eingesetzten wirkliches Erbrecht? —

Es wird zweckmäßig sein, zuvörderst auf jene rescissorischen Rechtsmittel unsere Betrachtung zu wenden, mindestens zu dem Zwecke, um die Verschiedenheit dieser Rechtsmittel von der Anfechtung eines nichtigen Testaments klar vor Augen zu stellen, und um zugleich zu zeigen, daß sich auch über jene rescissorischen Rechtsmittel keineswegs absolute Grundsätze aufstellen lassen. Von der Querel ist nämlich im Ganzen jeder ausgeschlossen, welcher das Testament anerkannt hat, ohne Rücksicht auf welche Weise dieses geschah, ob er das Testament ausdrücklich billigte [2]), darin enthaltene Dispositionen anerkannte, den Eingesetzten als Erben behandelte, oder wie sonst. Auch darauf kommt es nicht an, ob dem zur Querel Berechtigten wirklich irgend etwas zugewandt war, durch dessen Annahme er dann die Querel verlor, sondern auch derjenige, dem gar nichts hinterlassen war, verliert ebenso durch jede Anerkennung des Testaments sein Recht es anzufechten, z. B. wenn er vom Erben Sachen kaufte oder miethete, von denen er wußte, daß dieselben zur Erbschaft gehörten, oder wenn er den Testamentserben wegen einer Schuld des Erb-

---

2) l. 31. §. 4. D. de inoff test. §. 2.

lassers belangte, oder umgekehrt eine Erbschaftsschuld an diesen berichtigte. In allen diesen Fällen sagt Paulus:

„judicium defuncti agnoscere videntur, et a querela repelluntur.“ [3])

Es scheint aber hierbei die Ansicht der Römer nur die gewesen zu sein: wer einmal den letzten Willen irgendwie anerkannt hat, der kann zu diesem außerordentlichen Rechtsmittel nicht mehr zugelassen werden. Und es scheint nicht, daß sie hierbei von den Grundsätzen der wirklich im einzelnen Fall vorliegenden Verzichtleistung ausgingen. Denn nirgend finden wir darauf hingedeutet, und nirgend bei den mannigfachen Erörterungen der einzelnen Fälle die Frage aufgeworfen und untersucht, ob wirklich im einzelnen Falle eine — doch im Zweifel nicht zu präsumirende — Verzichtleistung vorliege, sondern es wird die Entscheidung stets auf die bloße Thatsache der Anerkennung gestützt. So wird z. B. demjenigen, welcher als Advocat oder Procurator eines Legatars, welcher ein Vermächtniß aus gerade diesem Testamente einforderte, aufgetreten war, die Querel versagt, „agnovisse enim videtur, qui quale quale judicium defuncti comprobavit.“ [4]) Und doch möchte es sehr bedenklich sein, hier eine wahre Verzichtleistung auf die Querel, und sonach auf die Erbschaft, als entschieden vorliegend anzunehmen. Denn Vermächtnisse können provisorisch gefordert und gezahlt werden, auch wenn ein Notherbe vorhanden ist, der die Querel möglicher Weise erheben könnte. Und so konnte auch wohl der Notherbe als Advocat bei dieser Einforderung zum Besten des Legatars handeln, in der festen Idee, sein eigenes Recht sich für spätere Geltendmachung vorzubehalten, wenigstens in der Absicht, sich darüber zur Zeit noch gar nicht auszusprechen. Aber da jedenfalls eine Anerkennung des Testaments vorliegt, so ist er deßhalb von der Querel ausgeschlossen.

---

3) l. 23. §. 1. D. de inoff. test.
4) l. 32 pr. l. c.

Hiermit hängt es auch auf das Genaueste zusammen, daß die Römer bei dieser Frage keine Rücksicht darauf nehmen, ob derjenige, welcher das Testament anerkannte, wirklich von seinem Recht die Querel zu erheben, Kenntniß hatte oder nicht. Wenn hier der Gesichtspunct einer wahren Verzichtleistung zum Grunde läge, so müßte darauf Rücksicht genommen sein; denn wer ein ihm zustehendes Recht nicht kennt, der konnte gar nicht die Absicht haben, darauf verzichten zu wollen. Es ist aber wohl irrig, wenn Mühlenbruch [5]), der diesen Satz im Allgemeinen anerkennet, als Grund davon anführt, daß ein Notherbe (wenn er nur sein Verwandtschaftsverhältniß kennt), sich stets in einem Rechtsirrthume befinden müßte, wenn er sein Recht zu quereliren nicht kannte. Zur Zeit der Römischen Juristen mindestens (von deren Grundsätzen und Ansichten es sich hier überhaupt handelt, und aus deren Gesichtspuncte auch Mühlenbruch die Sache erörtert hat) konnte dieses sehr wohl ein Irrthum über Thatsachen sein. Wenn z. B. der Erblasser seinen einzigen Sohn exheredirt und demselben ein Grundstück durch Vermächtniß hinterlassen hatte, so war der Sohn, im Fall das Vermächtniß geringer war als die Summe des Pflichttheils, zur Querel berechtigt. Wie leicht war also hier ein faktischer Irrthum, wodurch verleitet, der Sohn glauben konnte, daß ihm mehr als sein Pflichttheil hinterlassen sei, wenn er entweder des Vaters Vermögen für geringer hielt, als es in der That war, oder wenn er umgekehrt den Werth seines Vermächtnisses irrthümlich zu hoch anschlug. Und doch finden wir in den zahlreichen Entscheidungen unserer Quellen einen solchen Irrthum des Berechtigten über sein Recht der Querel gar nicht berücksichtigt, sondern überall ist der Satz ausgesprochen:

„qui judicium defuncti agnovit, repellendus est ab accusatione."

Und Mühlenbruch selbst nimmt an, daß bei der An-

5) Glück Erl. der Pand. Bd. 35 S. 455. 456.

erkennung letzter Willen, sobald der Irrthum überhaupt berücksichtigt wird, auch ein error juris nicht schadet. [6])

Auch bei der bonorum possessio contra tabulas, durch welche gleichfalls ein gültig bestehendes Testament hinweggeräumt werden soll, ist mit ausdrücklichen Worten der Satz ausgesprochen, es habe der Notherbe, welcher die bonorum possessio möglicher Weise nachsuchen könne, sich dieses zuvor wohl zu überlegen, da die einmalige Anerkennung des Testaments ihn von der Anfechtung des Testaments ausschließe. [7]) In den meisten Stellen, welche die bonorum possessio betreffen, ist freilich speciell nur davon die Rede, daß der Notherbe durch Annahme des ihm Hinterlassenen sein Recht auf die bonorum possessio contra tabulas verliere: „si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tab. bon. possessione repellendus est.“ [8]) Und in diesen Fällen tritt noch das Prinzip hinzu, wonach, wer die Wahl hat zwischen zwei ihm wirklich aber alternativ zustehenden Rechten, durch die Wahl des einen das andere nothwendig verliert. Denn das Testament ist gültig errichtet, das Vermächtniß, die Erbesernennung gültig angeordnet. Es hat also der Sohn, welchem entweder, weil er selbst präterirt ist, oder weil er selbst freilich eingesetzt, ein anderer Notherbe aber präterirt ist, zugleich die bonorum possessio contra tabulas zustehet, die Wahl zwischen zwei ihm alternativ zustehenden Rechtsmitteln. Denn auch im letzten Fall, wenn ein anderer Notherbe die contra tabulas bonorum possessio nachsuchte, werden ja Vermächtnisse und Erbeseinsetzungen, welche anderen Descendenten oder den Ascendenten hinterlassen sind, aufrecht erhalten. Hierbei konnte aber der Notherbe allerdings großen Nachtheil haben, wenn er selbst vielleicht auf einen geringen Theil eingesetzt war, und die Erbschaft antrat, während er nicht bedachte,

6) In diesem Archiv Bd. II. S. 375. 376.

7) l. 5. §. 2. D. de legat. praest. 37. 5.

8) l. 10. §. 3. L. 3. §. 10. §. 15. 16. D. de bon. poss. contra tab. 37. 5.

oder nicht wußte, daß er commisso per alium edicto zur Nachsuchung der contra tab. bon. possessio berechtigt sei· Denn die letztere hätte ihm seinen Intestaterbtheil gegeben. Dagegen, wenn er aus dem Testamente die Erbschaft antrat, so blieb ihm höchstens der Erbtheil auf den er eingesetzt war [9]). Auch hierbei finden wir nirgend einen Irrthum entschuldigt oder nur überhaupt berücksichtigt, sondern es heißt: von diesem Erben, wenn er auch großen Nachtheil davon habe, „tamen judicium testatoris agnovisse, comprobasse videtur." Deßhalb habe er vorher sich dieses zu überlegen, indem, wie es in der l. 30 D. de minor. heißt, dieses „beneficium Praetoris," wodurch ihm die Anfechtung des Testamentes gestattet wird, durch jede Anerkennung des Testaments verloren gehet. — Aber auch hier ist dieser Grundsatz nicht auf Fälle beschränkt, in welchen der Notherbe etwas durch den letzten Willen erhalten hat; sondern jede Anerkennung des testamentarischen Erben schließt den Notherben von der bonorum possessio contra tabulas, so wie von der Querel aus [10]).

Die einzige in unsern Quellen ausdrücklich erwähnte Ausnahme findet sich in der l. 12. §. 2. D. de inoffic. test. Ein Enterbter fordert das ihm wirklich hinterlassene Vermächtniß; es findet sich aber, daß dieses vom Erblasser später widerrufen ist. Der Enterbte wird hier, der Anerkennung des Testaments ungeachtet, zur Querel zugelassen, aber deshalb, weil „est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit." Ohne Zweifel wird ein Gleiches auch bei der bon. poss. contra tabulas anzunehmen sein. Derselbe Grund würde auch in dem Falle schon entscheidend sein, wenn einem Kinde, welches seine Eltern gar nicht kannte, im Testamente derselben etwas als einem Fremden hinterlassen sein sollte. Wenn dieses Kind seine Eigenschaft als Notherbe

9) l. 14 pr. D. de bon. poss. contra tab. 37. 4.
10) l. 15 D. l. cit.

nicht kannte, und deshalb kein Bedenken tragen konnte, das Testament anzuerkennen, so darf ihm dieses auf keine Weise nachtheilig werden: denn auch hier „est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.“ Ueberhaupt aber werden wir wohl mit Mühlenbruch a. a. O. annehmen können, daß die Anerkennung des Testaments nur denen schadet, welche über ihre persönliche Verhältnisse zum Erblasser, auf denen das Notherbenrecht beruhet, nicht in Unkenntniß waren. Dieß wenigstens scheinen unsere Quellen vorauszusetzen; wenn sie erklären, daß der Notherbe durch Anerkennung des Testaments die Querel verliere. Allein weiter noch zu gehen, ist bei dem angeführten Inhalt der Quellen mehr als bedenklich. Man könnte freilich für eine mildere Ansicht sich auf mehrere, von dem Pflichttheilsrecht des Patronus gegen Freigelassene handelnde Stellen zu beziehen geneigt sein. Denn allerdings wurde der Patronus milder behandelt, und auch bei seinem Rechte konnten ganz ähnliche Verhältnisse Statt finden. Wenn ihm nicht der volle Pflichttheil (ursprünglich die Hälfte des Vermögens) hinterlassen war, so hatte er eine contra tabulas bonorum possessio auf diese Hälfte, auch wenn ihm ein geringerer Theil durch Vermächtniß oder selbst durch Erbeseinsetzung hinterlassen war. Nun wird freilich auch gesagt, daß er durch Annahme des ihm Hinterlassenen die contra tabulas bonorum possessio verliere; allein wenn er durch einen Irrthum zu einer ihm nachtheiligen Wahl veranlaßt wurde, so wird dieses in der Regel entschuldigt, auch wenn er z. B. bloß über den Betrag der ihm hinterlassenen Erbportion geirrt hatte. Ja es wird dem Patronus geradezu gestattet, seine förmlich erklärte Wahl nach Willkür noch zu widerrufen. „Sed etsi testato convenisset heredem, ut sibi legatum solveretur, mox poenituisset puto eum posse adjuvari [11]). Aber gerade dieser letzte Satz, der mit Allem, was über die Querel und die bonorum pos-

11) l. 6. §. 4. l. 7. l. 8. pr. D. de bonis libert. 38 2.

sessio der Kinder ausgesprochen ist, gar nicht vereinigt werden kann [12]), zeigt uns, daß bei diesem Rechtsmittel des Patronus eigenthümliche Grundsätze obwalteten. Jedoch läßt sich diese Singularität aus der besondern, dem Patronus im Verhältniß zu seinem Freigelassenen überall geschuldeten Pietät wohl erklären. — Es scheint aber fast, als ob selbst die Römischen Juristen darüber geschwankt hätten, wie weit diese mildere Ansicht hier durchzuführen sei. Es führt wenigstens Ulpian eine Entscheidung Papinians an, und billigt sie stillschweigend, wonach in einem besondern Verhältnisse selbst ein factischer Irrthum hierbei nicht verziehen wurde. Diese Entscheidung betrifft folgenden Fall. Der Patronus war auf die Hälfte des Nachlasses eingesetzt, er hätte aber die contra tabulas bonorum possessio deshalb nachsuchen können, weil diese Hälfte des Nachlasses wegen arglistiger Veräußerungen unter den Lebenden nicht dem Pflichttheil gleichkam, welcher dem Patronus von dem gesammten Erwerb des Freigelassenen geschuldet wurde. Die Faviana actio trat nämlich erst dann subsidiarisch ein, wenn die bon. poss. contra tabulas bei Erschöpfung des Vermögens keine Hülfe gewährte, und die bonorum possessio ging auf die volle Summe des Pflichttheils, auch mit Hinzurechnung dessen, was arglistig veräußert war [13]). Dem Patronus waren jene arglistigen Veräußerungen des Freigelassenen gänzlich unbekannt gewesen, er hatte deshalb, in der Meinung, in der ihm hinterlassenen Hälfte seinen Pflichttheil zu finden, die Erbschaft aus dem Testamente angetreten, und dieser Irrthum soll nach l. 3. pr. D. Si quid in fraud. patr. (38. 5) nicht berücksichtigt werden. —

Wenn wir aber von diesen besonderen Sätzen absehen, welche zum Besten des Patronus geltend gemacht wurden, so finden wir dieselben Grundsätze angewandt, es mochte ein gültig errichtetes Testament mit der Querel oder durch die contra

12) z. B. l. 12. §. 1. D. de inoff. test. l. 3. §. 15. 16. D. de bon. poss. contra tab.

13) Darüber Francke Recht der Notherben §. 40. S. 488—492.

tabulas bonorum possessio angefochten werden. Es ist Regel, die geschehene Anerkennung des Testaments schließt von der Anfechtung desselben aus. Dagegen findet zwischen diesen beiden Rechtsmitteln ein bedeutender Unterschied in folgender Beziehung Statt. Wer die Querel erhob und durch das Urtheil abgewiesen wird, der verliert, was ihm letztwillig hinterlassen ist. Dieses gilt aber keineswegs bei dem, welcher die bonorum possessio contra tabulas, ohne dazu berechtigt zu sein, nachsuchte, und vielleicht selbst erhielt, sondern diesem bleibt das ihm Hinterlassene, auch wenn seine contra tabulas bonorum possessio durch späteres Urtheil für unbegründet erklärt wird [14]). Es ist aber eine für die späteren Untersuchungen wichtige Frage, welche von diesen Entscheidungen singulär, und welche die mit allgemeinen Rechtsprincipien übereinstimmende ist. Ohne Zweifel ist der Verlust der Vermächtnisse eine singuläre Bestimmung. Es kann erstens nicht gesagt werden, daß der Kläger durch die Wahl des einen Rechtswegs den zweiten aufgegeben habe; denn dieser Grundsatz findet nur dann seine Anwendung, wenn wirklich dem Kläger zwei Rechtsmittel, aber alternativ, zustanden. Dieses ist hier aber keineswegs der Fall, von einer wirklichen Wahl ist gar nicht die Rede, sondern das Verhältniß ist einfach folgendes: Der Kläger hat nur einen Anspruch, nur eine Klage auf das ihm Hinterlassene. Er stellt aber eine falsche Klage an, indem er das Testament angreift, und nimmt ein Recht in Anspruch, das ihm nicht gebührt. Durch Anstellung einer falschen nicht begründeten Klage verliert aber Niemand ein anderes wirklich begründetes Recht [15]). Dieser Grundsatz ist deshalb auch bei dem angewandt, welcher ein Testament vergeblich als nichtig angefochten hat. Diesem bleibt das ihm in diesem Testament Hinterlassene, auch wenn er

14) l. 5. §. 3. D. de legat. praest. 37. 5. „obtinuit, non esse ei denegandam petitionem legatorum."

15) — „cum et hi, qui sciant jus suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant" — l. 19. D. de inoff. testam.

mit der Nichtigkeitsklage zurückgewiesen wurde [16]). Dagegen ist die entgegengesetzte, bei der Querel geltende Bestimmung in den Quellen als eine wahre Strafe aufgefaßt [17]) — es ist ein Indignitätsfall — und als eine Strafe, welche den Kläger deshalb trifft, weil er ohne Grund den Erblasser der Lieblosigkeit anklagte, und bis zum Urtheil »in lite improba perseveravit« [18]). Wie hier der Kläger wegen eines Vergehens gegen den Erblasser gestraft wird, so wird auch derjenige, welcher ein Testament ohne Grund als untergeschoben oder verfälscht angefochten hat, wegen der darin gegen den Erben liegenden falschen Beschuldigung auf gleiche Weise durch den Verlust des ihm Hinterlassenen gestraft [19]). Es sind dieses daher besondere, für eigenthümliche Fälle eingeführte Strafbestimmungen, welche eine Ausdehnung auf andere Fälle keineswegs zulassen.

§. 2.

Wir sahen bisher, von der Anfechtung eines gültigen Testaments durch das außerordentliche Rechtsmittel der Querel, oder durch die prätorische Rechtshülfe der contra tabulas bonorum possessio, wird regelmäßig jeder zurückgewiesen, welcher das Testament bereits anerkannt hat. Das Gegentheil ist von dem gesagt, welcher ein Testament als nichtig oder als untergeschoben bestreiten will. Ihm schadet die Anerkennung des Testamentes nicht, er kann es noch als nichtig anfechten, und sein Intestat-Erbrecht geltend machen. Dieser Satz wurde wahrscheinlich durch die sehr nahe liegende Betrachtung veranlaßt, daß ein nichtiges Testament durch bloße Anerkennung nicht gültig werde, und diese Anerkennung dem ungültig ernannten Erben kein wirkliches

---

16) l. 5. §. 1. l. 24. D. de his, quae ut indign. (34. 9).
17) l. 22. D. l. c.
18) l. 8. §. 14. D. de inoff. test. (5. 2).
19) l. 5. pr. §. 3 — 9. D. de his, quae ut indign.

Erbrecht ertheile, während derjenige, welcher in einem gültigen Testamente eingesetzt ist, welches nur auf außerordentlichem Wege rescindirt werden kann, schon an sich wirkliches Erbrecht hat, welches in Folge der Anerkennung nur unanfechtbar wird. — Die Regel findet sich ausgesprochen in den Worten der l. 5. pr. D. de his quae ut ind. (34. 9.):

> Post legatum acceptum, non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere: inofficiosum dicere non permittitur.

Es ist aber anerkannt, daß diese Regel ihre Ausnahmen, wenigstens im späteren Römischen Recht hat; jedoch ist hin und wieder gezweifelt, wo die Grenze zu suchen sey. Man findet wohl die Meinung ausgesprochen, die bloße Anerkennung schade nicht, nur dürfe man nicht wirklich die Zahlung der Vermächtnisse angenommen, oder einen Theil der Erbschaft durch Antretung erworben haben. Dieses ist aber durchaus irrig. Schon die Anfangsworte des abgedruckten l. 5. pr. cit. verstatten gerade »post legatum acceptum« die Richtigkeitsklage. Dasselbe wird außerdem bestätigt durch die l. 3. D. ad leg. Cornel. de falsis (48. 10). Sie gestattet dem, welcher ein Vermächtniß empfangen, oder aus dem Testamente selbst die Erbschaft angetreten hat, noch dessen Anfechtung. Es hat also der Intestaterbe, welcher in einem nichtigen Testamente, vielleicht auf einen geringen Theil eingesetzt ist, durch die Antretung der Erbschaft aus dem Testamente sein Intestaterbrecht nicht verloren. Er wird selbst zur Anfechtung des Testamentes von Diocletian noch zugelassen, wenn er auch schon mit den übrigen im Testamente Eingesetzten getheilt haben sollte. Hiernach entstand auch die Frage, ob nicht derjenige, welcher ein Legat schon erhalten hat, wenn er das Testament als nichtig später angreift, vorläufig das empfangene Legat dem Beklagten zurückgeben müsse. Dieses wurde, nach Paulus Relation im l. 43. D. de hered. pet. (5. 3.), von einigen ältern Juristen allgemein bejahet. Paulus aber ent-

scheidet dahin, daß die Rückgabe nur gegen eine Caution wegen dereinstiger Restitution für den Fall, daß die Richtigkeitsklage zurückgewiesen werden sollte, zu geschehen brauche; denn es sey unbillig, daß der Erbe dieses wirklich hinterlassene Legat lucrire, insbesondere wenn der Legatar die Richtigkeitsklage nicht »per calumniam,« sondern aus Irrthum angestellt habe. —

An diese Entscheidung schließen sich dann noch folgende Worte:

„Imperator autem Antoninus rescripsit, ei qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit.«

Es wird also hier, wie in der l. 5. D. de his quae ut indign., zuerst der Satz, daß die Richtigkeitsklage durch Anerkennung des Testamentes nicht verloren sei als Regel hingestellt. In beiden Stellen wird später auf Ausnahmen hingewiesen, und in beiden auf eine Constitution von Antoninus Pius, und zwar auf eine Weise Bezug genommen, daß es fast scheint, es sei dadurch erst ein Rechtssatz begründet, mindestens für die Praxis festgestellt worden. Aber auch nach der l. 5. D. cit. erscheint das hierbei befolgte Princip nicht viel klarer. Denn hier sind die Worte des Rescripts so angegeben:

— ipso jure petere hereditatem poterunt, an autem prohibendi sint, vel non, ex cujusque persona [20]) conditione, aetate, causa cognita, a judice statuendum erit.«

Allein hierüber geben uns andere Stellen Auskunft [21]). Nach

20) Nach den Basiliken wäre vielleicht richtiger, personae, zu lesen. Auch die Glosse ad h. l. kennt diese Lesart.

21) l. 8. D. de hered. pet. (5. 3.) l. 3. C. de leg. Corn. de fals. (46. 10.) l. 4. 8. C. de juris et facti ignor. (1. 16.) l. 3. C. ad leg. Corn. de fals. (9. 22).

dem übereinstimmenden Inhalte derselben kann nur derjenige noch zur Anfechtung eines von ihm anerkannten nichtigen Testaments zugelassen werden, welchem zur Zeit, da er dasselbe anerkannt hat, die Ungültigkeit dieses Testaments unbekannt war. Dagegen wenn der Intestaterbe es wußte, daß das Testament ungültig war, und dennoch es anerkannte, so hat er dadurch erklärt, daß er es nicht angreifen wolle, er hat auf seine Rechte verzichtet [22]). Ihm war in der That die Intestaterbfolge deferirt, er wußte dieses, nahm aber dennoch eine diesem Rechte widersprechende Handlung vor, und repudicirte dadurch die ihm in der That ab intestato deferirte Erbschaft. — Die citirten Stellen ergeben zuvörderst, daß auch hierbei kein Unterschied ist, auf welche Weise das Testament anerkannt worden ist, insbesondere, ob der Kläger wirklich Zuwendungen aus dem Testamente erhalten hat, oder nicht [23]). Und in der Sache selbst liegt auch kein Unterschied: die Willenserklärung ist in jedem Falle dieselbe; man kann sowohl gegen den Empfang eines Vermächtnisses, wie ohne dieses, auf die Anfechtung, und damit auf die Intestaterbfolge verzichten. Da aber die bloße Thatsache der Anerkennung des Testaments dem Intestaterben nicht schadet, so folgt, daß der Testamenterbe durch die

---

22) Cujacii, Comment. ad Dig. ad l. 5. §. 1. D. de his quae ut indign. auf. Auch die Glosse ad l. 3. C. de leg. Corn. de fals. geht hiervon aus, „si sciens, praejudicat sibi, quasi transegerit.“ Auf ganz entgegengesetzte Resultate kommt Cujacius in den freilich erst nach seinem Tode herausgegebenen Comment. ad Resp. Papiniani libr. XI. ad l. 79. D. de leg.; wo er aber die Anfechtung an sich gültiger und nichtiger Dispositionen gar nicht unterscheidet.

23) Allgemein heißt es in l. 8. cit. D. de her. pet.: „Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cum ignorabat vires testamenti, judicium testatoris secutus est.“ Und l. 3. D. de leg. Corn. de fals. sagt: Qui ignorans falsum esse testamentum vel hereditatem adiit, vel legatum accepit, vel quoquo modo agnovit, falsum testamentum dicere non prohibetur.

nackte Behauptung dieser geschehenen Anerkennung sich gegen die Nichtigkeitsklage gar nicht vertheidigen kann. Vielmehr kann auf das bloße Vorbringen des Beklagten, der Kläger habe früher das Testament anerkannt, gar keine Rücksicht genommen werden. Es wäre sicher falsch, wenn man annehmen wollte, es müßte der Kläger durch die Replik, daß er bei der Anerkennung des Testaments dessen Ungültigkeit nicht gekannt habe, sich dagegen vertheidigen. Denn die bloße Anerkennung ist eine an sich unerhebliche Thatsache, welche eine wirksame Einrede, gegen die man sich erst durch Repliken vertheidigen müßte, gar nicht begründet. Denn nicht die Anerkennung schließt die Anfechtung aus, sondern die in einer wissentlichen Anerkennung liegende Verzichtleistung, und daher muß auch der Beklagte, zur thatsächlichen Begründung der Einrede, diese Wissenschaft des Klägers behaupten, und nöthigenfalls erweisen. Es ist auch in dem erwähnten Rescripte Antonins ausdrücklich ausgesprochen, daß diejenigen, welche ein nichtiges Testament durch Annahme von Vermächtnissen anerkannt haben, »petere hereditatem ipso jure poterunt,« gerade wie Paulus sagt: »post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere.« Die Regel ist also, wer das Testament anerkannte, hat die Nichtigkeitsklage; eine Ausnahme tritt ein bei einer wissentlichen Anerkennung. Diese Ausnahme ist also vom Beklagten zu behaupten und zu begründen. Er muß mindestens darthun, daß dem Kläger bei der Anerkennung die Thatsachen bekannt waren, auf welche derselbe seine Nichtigkeitsklage stützt. Dieses sind ja auch dem Kläger fremde Thatsachen, von denen sich nicht präsumiren läßt, daß dieselben dem Kläger zur Zeit der Anerkennung des Testaments bereits bekannt waren.

Wie aber stehet es hier mit dem Rechtsirrthume, hinsichtlich des Beweises, und überhaupt? Wer davon ausgehet, nicht die Anerkennung des Testamentes schließt die Klage aus,

sondern die in einer wissentlichen Anerkennung liegende Verzichtleistung, der kann nicht unterscheiden zwischen Irrthum über Thatsachen und Rechtssätze, beide schließen die Wissenschaft gleichmäßig aus, und damit auch den Willen, Verzicht zu leisten. Es sind aber allerdings darüber Zweifel möglich, ob hier wirklich das Prinzip der Verzichtleistung zum Grunde liegt, oder ob man den Satz allgemeiner stellte, und es überhaupt darauf ankommen ließ, ob die Anerkennung unter den jedesmal vorliegenden Umständen entschuldbar sei oder nicht, und dann die Grundsätze, nach denen ein error juris in andern Rechtslehren bald entschuldigt wird, bald aber schadet, auch hier zur Anwendung brachte. Das oft erwähnte Rescript Antonins ist nicht entscheidend. Es behandelt einen speciellen Fall, in welchem die Intestaterben den im Testamente Eingesetzten, wiewohl er für seine Person unfähig war aus Testamenten zu erwerben, als Testamentserben anerkannt hatten. Dieses konnte möglicher Weise sowohl aus einem factischen, wie aus einem Rechtsirrthume geschehen sein. Allein die Worte des Rescripts, daß der Richter die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage im vorliegenden Falle »ex cujusque persona conditione aetate« zu beurtheilen habe, führen dahin, daß hier von einem Rechtsirrthum die Rede war, über welchen nach der Persönlichkeit eines jeden Klägers zu urtheilen sei, in dem bei einem Irrthum über Thatsachen vorzugsweise eine Berücksichtigung der Thatsachen selbst vorgeschrieben sein müßte. Die Worte des Rescripts vereinen sich aber mit jeder Theorie, je nachdem man sie in dem Sinne auffaßt, daß nach der Persönlichkeit eines jeden Klägers die Entschuldbarkeit des Irrthums nach den gewöhnlichen Grundsätzen über error juris zu beurtheilen sei, oder je nachdem man sie dahin verstehet, daß danach das Daseyn des Irrthums (für den es in der Regel keinen Beweis giebt) zu präsumiren sei.

Für die Ansicht aber, daß hier wirklich das Prinzip der Verzichtleistung gilt, also auch ein error juris die Anfechtung

eines nichtigen Testaments nicht ausschließt, scheint Folgendes zu sprechen:

1) Die l. 8. D. de her. pet. läßt Jeden zur Nichtigkeitsklage zu »qui, cum ignorabat vires testamenti, judicium testatoris secutus est.« Die Worte treffen jeden Irrthum.

2) Die l. 19. D. de inoff. test. stellt Alles auf die Verzichtleistung: „nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri."—

3) In l. 43. D. de her. pet. erläutert Paulus den Inhalt des Rescripts von Antonin » causa cognita hereditatis petitionem negandam esse« durch den Zusatz » scilicet si manifesta calumnia sit.« Allerdings kann man wohl sagen, der Intestaterbe, welcher die Nichtigkeit des Testaments kannte, dennoch aber es vorzog, das ihm darin Hinterlassene vom Erben einzufordern, begehe eine nicht zu duldende Chicane, wenn er später wieder mit einer Nichtigkeitsklage gegen dasselbe Testament auftritt. Allein den, welcher über die Gültigkeit des Testaments sich irrte, wenn auch aus Rechtsirrthum, kann kein Vorwurf einer manifesta calumnia treffen, dazu gehört stets ein wissentliches Handeln.

4) In der l. 79. D. de legat. II. wird mehreren Fideicommissaren, welche die vom Erben über die ihnen vermachte Sache ungültig getroffene letztwillige Disposition aus Rechtsirrthum (juris ignoratione lapsi) lange Jahre hindurch anerkannt hatten, indem sie selbst den ihnen darin mit Anderen hinterlassenen Nießbrauch ausübten, dennoch die Anfechtung jener Disposition gestattet. Es ist freilich nicht zu leugnen, daß die hier Bedachten Freigelassene waren, denen schon eher ein Rechtsirrthum, der Anderen nicht verziehen seyn würde, nachgesehen werden konnte. Allein der hier vorliegende Irrthum war doch ein ziemlich grober, und Papinian

stützt seine Entscheidung keineswegs darauf, daß hier ein aus besondern Gründen und nach der Persönlichkeit des Bedachten entschuldbarer Irrthum vorliege, sondern er erklärt einfach: »non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.«

5) Es ist ferner diese Ansicht die allein consequente; denn als Regel galt unbestritten, eine Anerkennung des nichtigen Testaments schadet dem Intestaterben nicht. Das nichtige Testament wird dadurch nicht gültig, und das wirklich begründete Erbrecht des Intestaterben wird dadurch nicht aufgehoben. Allein wenn dieser weiß, daß das Testament ungültig ist, daß er selbst also ab intestato zur Erbfolge berufen ist, und dennoch die im Testamente Eingesetzten als Erben anerkennt, so kann man sagen, er habe dadurch die ihm deferirte Erbfolge ausgeschlagen. Sobald er aber nicht wußte, daß ihm die Erbfolge wirklich deferirt war, so ist keine Repudiation möglich, und jeder Irrthum über die Gültigkeit des Testaments hebt die Wissenschaft der Delation gleichmäßig auf, der Erbe mochte aus factischem oder rechtlichem Irrthum das Testament für gültig halten. Es kann also nicht gefragt werden, ob hier ein error juris entschuldigt werde oder nicht. Denn die Anerkennung des nichtigen Testaments bewirkt an sich keinen Verlust eines Rechts, gegen den ein Entschuldigungsgrund erst nöthig wäre, sondern nur der Verzicht, den jeder Irrthum ausschließt [24]). Und es ist eine durchaus verschiedene Sache, wenn demjenigen, der die Nachsuchung der bonorum possessio aus Rechtsirrthum verabsäumt hatte, nicht geholfen wird. Denn

---

24) Auf diesen Grund stützen schon Baldus, Paulus de Castro ad l. 97. D. de acq. hered. diese schon von der Glosse und später gewöhnlich angenommene, jedoch hin und wieder bezweifelte Ansicht.

hier geht das Recht der Nachsuchung an sich durch den Ablauf der im Edict festgesetzten Frist verloren. Hier fragt sich also nicht, ob der Berechtigte habe verzichten wollen, sondern ob seine Säumniß entschuldigt werden könnte. —

So viel ist aber klar, daß sich über den Beweis des error juris keine absolute Regel aufstellen läßt, und daß man am wenisten dem Beklagten den Beweis, daß der Kläger sich nicht irrte, allgemein aufbürden kann. Ueber diesen Rechtsirrthum ist meistens gar kein Beweis durch äußere Beweisgründe möglich, weil es sich von einem innern Glauben und Meinen handelt. Freilich wird man in einzelnen Fällen so viel darthun können, daß der Kläger schon früher auf diese Mängel des Testaments aufmerksam gemacht worden war, daß vielleicht unter den streitenden Theilen schon davon früher die Rede und darüber Streit war. Wenn der Kläger dann aber, anstatt diesen Weg weiter zu verfolgen, es vorzog, das Testament anzuerkennen, so liegt darin ebensowohl ein Verzicht auf die Anfechtung des Testaments, als wenn er bereits die volle Ueberzeugung von der Ungültigkeit des Testaments hatte. In andern Fällen kann aber, sobald die Kenntniß der Thatsachen, von denen die Richtigkeit des Testaments abhängt, erwiesen ist, von einem Rechtsirrthum gar nicht die Rede seyn. Denn daß ein untergeschobenes Testament nicht gilt, daß ein Testament, welches gar keine äußere Form hat, worin Kinder des Erblassers gänzlich übergangen sind, angefochten werden kann, das weiß Jedermann. Häufig aber wird bei zweifelhafteren Fällen sehr viel von der Persönlichkeit des Klägers abhängen, ob er ein in den Rechten erfahrener Mann ist, oder ein rusticus. Deshalb finden wir auch nirgend in unsern Quellen eine bestimmte Beweistheorie, sondern es rescribirt deshab Antonius über einen solchen Fall in der öfter citirten Stelle:

»prohibendi sint an non, ex cujusque persona conditione aetate, causa cognita, a judice constituendum erit.«

Hiernach würde aber, wenn man hier von einer verschiedenen Ansicht, nämlich des entschuldbaren Irrthums, ausgehen dürfte, das Resultat oft kaum ein verschiedenes seyn. Dasselbe ist es natürlich bei den Personen, bei welchen auch in anderen Verhältnissen ein Irrthum über Rechtssätze entschuldigt wird; denn nach unserer Ansicht wird dieser Irrthum bei ihnen präsumirt, also kein Verzicht angenommen; nach der entgegengesetzten Ansicht würde der Irrthum ebenso präsumirt und entschuldigt werden. Bei andern Personen fragt sich zuvörderst, ob sie wirklich in einem solchen Irrthum sich befanden, und darüber muß die Entscheidung, nach beiden Theorieen, sehr von den Umständen des einzelnen Falles abhängen. Sprechen aber die Umstände für das Daseyn des Irrthums, so ist nach der hier vertheidigten Theorie, die Klage stets zulässig, weil auch dieser Irrthum den Verzicht ausschließt. Dagegen würde es nach einer andern Ansicht erst darauf ankommen, ob der Irrthum im einzelnen Falle ein besonders entschuldbarer war; aber so viel wenigstens würde doch aus der schon citirten l. 79. D. de legat. II. hervorgehen, daß auch nach dieser Ansicht der Irrthum ein recht grober seyn müsse, um hier nicht entschuldigt zu werden. —

Der Kläger, welcher die Nichtigkeitsklage anstellt, wird in der Regel der Intestaterbe sein, welcher sein gesetzliches Erbrecht gegen das ungültige Testament geltend macht. Wenn aber außer dem ungültigen Testamente noch ein gültiges Testament vorhanden ist, sey es ein später oder früher errichtetes, so ist nicht der Intestaterbe zur Erbschaft berufen, also auch nicht zur hereditatis petitio berechtigt, sondern nur der in dem gültigen Testamente eingesetzte Erbe. Diesem allein ist die Erbschaft deferirt; denn von der Intestaterbfolge ist des gültigen Testaments wegen keine Rede, und dieses ist ja, auch wenn es das ältere war, durch das spätere nichtige Testament nicht aufgehoben. Es hat also allein der in jenem gültigen Testamente eingesetzte Erbe die hereditatis petitio,

und auch ihm kann es nicht schaden, wenn er das nichtige Testament aus Irrthum anerkannt, vielleicht daraus die Erbschaft angetreten haben sollte. Setzen wir den Fall, es wird beim Tode des Testirers ein Testament producirt, worin drei Anverwandte desselben A. B. C. eingesetzt sind. Niemand bezweifelt die Gültigkeit desselben, sie treten die Erbschaft an. Später erfährt A., entweder, daß noch ein späteres Testament da ist, wodurch natürlich das ältere aufgehoben ist, oder er erfährt, daß er allein in einem älteren Testamente eingesetzt ist, und daß das andere nichtig, vielleicht von B. und C. selber gemacht und untergeschoben ist. Hier wird Niemand die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage bezweifeln. Aber die Entscheidung muß im zweiten Falle ebenso lauten, wenn auch dem A., als er das später ungültige Testament anerkannte, das Daseyn des älteren Testaments schon bekannt war; denn wenn er das zweite für gültig hielt, so glaubte er, das erste sey aufgehoben, glaubte also, er sey aus dem zweiten, und nur aus diesem berufen. Gerade so glaubt ja der Intestaterbe, welcher ein nichtiges Testament für gültig hält und anerkannte, daß sein Intestaterbrecht aufgehoben sey. Und so wie ihm (weil dieser Irrthum den Verzicht ausschließt) [25], die Anfechtung des Testaments und die hereditatis petitio ab intestato freistehet, so hat auch der in einem gültigen Testamente Eingesetzte seine hereditatis petitio ex testamento dadurch nicht verloren. —

Ich wüßte freilich keine Stelle aus den Quellen anzuführen, wo bei dieser Frage (ob man durch Anerkennung eines nichtigen Testaments das Recht verliert, es selbst anzufechten) ein testamentarischer Erbe ausdrücklich als Kläger genannt wäre; aber mindestens ist ihm diese Anfechtung nirgend versagt, und der Satz, daß der Berechtigte durch Anerkennung eines nichtigen Testaments sein Erbrecht nicht ver-

25) „nec is, qui non valere testamentum putat, repudiare potest.“ l. 17. pr. D. de acq. hered. 29. 2.

liert, ist allgemein hingestellt, ohne Rücksicht auf den Kläger und auf den Grund seines Erbrechts. So in l. 5. pr. D. de his quae ut indign., in l. 3. D. de lege Corn. de fals. Und besonders passen die Worte der l. 4. C. de juris et facti ignor. durchaus eben so gut auf den Kläger, der gegen ein nichtiges, von ihm anerkanntes Testament eine hereditatis petitio aus einem gültigen Testamente erhebt, wie sie sich auf einen Intestaterben beziehen lassen, welcher sein gesetzliches Erbrecht geltend macht. Ist doch auch selbst ein Legatar, der eine spätere ungültige Disposition über die ihm gültig vermachte Sache anerkannt hatte, ebenso zur Geltendmachung seiner Legatsrechte von Papinian zugelassen worden [26]). Es scheint also unmöglich, den testamentarischen Erben anders zu behandeln. —

§. 3.

Hierin finden wir also die natürliche Rechtsregel anerkannt, daß wer, anstatt das ihm wirklich zustehende Recht zu verfolgen, aus Irrthum einem andern, in der That nicht vorhandenen Rechte nachtrachtete, und deshalb Schritte that, durch diesen Irrthum das ihm wirklich zustehende Erbrecht nicht verloren hat, sondern dieses nur durch Verzichtleistung, durch Repudiation verlieren kann, wozu aber die Kenntniß dieses Rechts vorausgesetzt wird. Wir dürfen erwarten, daß diese Regel auch in andern Fällen angewandt ist. Und wir finden sie auch in dem Falle anerkannt, da ein Intestaterbe, welcher im Testamente eingesetzt oder doch bedacht war, aus Irrthum die Erbschaft ab intestato antritt. Dieses ist ein wirkungsloser Act, ein falscher Schritt, um zur Erbschaft zu gelangen, der aber dem Berechtigten das ihm wirklich zustehende testamentarische Erbrecht so wenig entziehet, wie derjenige, welcher statt der ihm wirklich zustehenden Klage eine falsche anstellte, dadurch die rechte Klage verloren hat. Dieses ist

26) l. 79. D. de. legat. II.

von selbst klar, wenn ein Intestaterbe ab intestato die Erbschaft antritt, während er das Daseyn eines Testaments, welches ihn vielleicht allein, oder mit andern zur Erbschaft beruft, gar nicht kannte. Er kann immer noch aus dem Testamente antreten. Dieses kann theils gegen andere Intestaterben dem Intestaterben wichtig seyn, welcher allein im Testamente eingesetzt ist; es kann aber auch dem einzigen Intestaterben wichtig seyn, welcher im Testamente mit andern Personen eingesetzt ist, und aus Irrthum ab intestato antreten wollte. Aber selbst dann, wenn der einzige Intestaterbe allein im Testamente eingesetzt ist, und dieses nicht kennt, ist seine Antretung ab intestato nichtig:

> »nam scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat, veluti agnatus proximus, justo testamento scriptus heres, antequam tabulae proferrentur, quum existimaret intestamentum patremfamilias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit« [27]).

Es ist also jede Antretung ungültig bei dem Erben, der glaubt, er sey aus einem andern Rechtsgrunde berufen, wie es wirklich der Fall ist. Allein ebenso ist es hinsichtlich der Ausschlagung der Erbschaft; namentlich wer als Intestaterbe repudiirt, während er nicht weiß, daß er in der That durch Testament berufen war, der hat einen ganz wirkungslosen Act vorgenommen, er kann immer noch aus jedem Grunde später antreten „ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata« [28]). — So wie aber derjenige, welcher das Testament, das ihn beruft, nicht kennt, gar nicht repudiiren konnte, so auch derjenige nicht, welcher es freilich kannte, aber für ungültig hielt:

---

27) l. 22. D. de acquir hered. 29. 2.

28) l. 17. §. 1. D. de acq. her.

»nec is, qui non valere testamentum aut falsum esse putat, repudiare potest« [29]).

Wenn daher auch der Intestaterbe, welcher in solchem Testamente mit Andern eingesetzt ist, irrthümlich glaubt, er sei ab intestato berufen, und so antritt, so ist auch dieses ein ganz wirkungsloser Act. Ihm bleibt sein testamentarisches Erbtheil, sobald die Gültigkeit des Testaments nachgewiesen wird. Dieses kann z. B. vorkommen, wenn der Intestaterbe weiß, der Erblasser war vor längeren Jahren pro prodigo erklärt. Danach glaubt er, das von demselben errichtete Testament sei nichtig und tritt als Intestaterbe auf. Wenn hiergegen aber von den im Testamente mit Eingesetzten dargethan wird, entweder daß das Testament noch vor der Prodigalitäts-Erklärung errichtet, oder daß diese von einem incompetenten Gerichte verfügt worden war, so hat der Intestaterbe den ihm im Testamente hinterlassenen Erbtheil nicht verloren. Denn es ist kein Verzicht vorhanden; und ja selbst, wenn der Intestaterbe durch förmliche Klage das Testament als nichtig aus demselben Grunde angefochten hätte, so hätte er dadurch das ihm darin Hinterlassene nicht verloren [30]). —

Anders aber stehet auch hier die Sache, wenn der Intestaterbe recht gut weiß, daß ihm die Erbschaft wirklich durch ein gültiges Testament deferirt ist, er aber dennoch als Intestaterbe antritt. Wenn freilich außer ihm kein testamentarischer Erbe vorhanden ist, so hat er in demselben Moment die testamentarische Erbfolge repudiirt, dadurch die Intestatsuccession herbeigeführt, und die Erbschaft ab intestato zugleich erworben [31]); er muß nur nach dem Edicte: si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, sämmtliche Vermächtnisse entrichten. Allein sehr

29) l. 17. pr. l. c.
30) l. 5. §. 1. l. 24. D. de his quae ut indign.
31) l. 77. D. de acq. hered.

nachtheilig kann ihm ein solches Verfahren werden, wenn in dem Testamente noch Substituten oder Miterben vorhanden sind. Denn wenn er weiß, das Testament ist gültig, aber wider besseres Wissen es dennoch versucht, sich ab intestato die Erbschaft zuzueignen, so läßt sich darin allerdings ein Verzicht auf das testamentarische Recht sehen, wodurch aber keine Erwerbung der Intestaterbschaft herbeigeführt wird, indem das Testament noch durch die Miterben oder Substituten erhalten wird. Es läßt sich hier ferner auch mit Paulus in l. 43. D. de her. pet. sagen, daß darin eine manifesta calumnia liege, weßhalb ihm später die hereditatis petitio ex testamento versagt werden müsse. Einen Fall dieser Art enthält die l. 60. D. de acquir. hered. Der Erblasser hat seinen emancipirten Sohn zum einzigen Erben ernannt. Dieser aber hat — wahrscheinlich, um sich Vermächtnissen oder andern Auflagen zu entziehen — unter dem leeren Vorgeben, als ob der Vater blödsinnig gewesen sei, eine bonorum possessio ab intestato nachgesucht. Labeo wollte ihn als testamentarischen Erben zulassen; allein mit Recht entscheiden Javolenus, Proculus und Paulus, die testamentarische Erbfolge habe er repudiirt, und deshalb sei die Erbschaft dem Substituten zugefallen. Auf gleiche Weise würde auch, wenn noch Miterben im Testamente eingesetzt sind, diesen der Erbtheil dessen, der so ab intestato miterben will, durch das Accrescenzrecht zufallen. Und nur beim Testamente des Soldaten, wo ein nicht erworbener Erbtheil auf die Intestaterben fällt, würde diese theilweise Intestatsuccession auch hier Statt finden können.

§. 4.

Wir sehen erstens, wer aus Irrthum ein nichtiges Testament anerkannte, der kann dieses selbst noch anfechten, und seine sonstigen, durch das nichtige Testament nicht aufgehobenen Rechte dagegen geltend machen. Um so mehr muß ihm dieses frei stehen, wenn das von ihm irrthümlich anerkannte

ungültige Testament auf den Antrag Dritter für nichtig erklärt wird. Wenn z. B. ein Intestaterbe von Mehreren zum einzigen testamentarischen Erben ernannt ist, und die anderen Intestaterben das Testament anfechten, so bleibt dem eingesetzten Erben stets sein Intestaterbtheil. Es können ja auch die andern mit der erhobenen hereditatis petitio ab intestato stets nur ihre Intestaterbtheile fordern, der Beklagte muß seinen Erbtheil also stets behalten.

Wir sahen aber zweitens, daß es ein ganz entschiedener Rechtssatz ist, wer sein ihm zustehendes Erbrecht nicht kennt, verzichtet auch nicht darauf durch falsche Schritte, durch welche er zur Erbschaft zu gelangen trachtet, ja er kann selbst, wenn er ein Testament für ungültig hält, auf das ihm daraus zustehende Erbrecht gar nicht gültig repudiiren, so wenig er gültig daraus antreten kann, im Fall er die Gültigkeit bezweifelt.

Es erschien aber als nothwendig, diese Sätze zuvörderst nach allen Seiten hin festzustellen, bevor wir die zweifelhafteste Stelle unserer Quellen betrachten, welche leicht zu einer entgegengesetzten Ansicht Veranlassung geben könnte, und diese in der That gegeben hat. Ich meine die l. 97. D. de acquir. hered. aus Paulus lib. III. Decretorum entlehnt. Sie lautet so:

Clodius Clodianus, facto prius testamento, postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat. Scriptus heres, cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere. Pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse.

Ganz klar ist hier, wie Paulus selbst, der Verfasser dieser Stelle, den von ihm referirten Rechtsfall beurtheilt. Derselbe Erbe ist in zwei Testamenten eingesetzt, einem gültigen und einem ungültigen, später errichteten. Da er dieses letztere

für gültig, also das erste für aufgehoben ansieht, so kann in der Anerkennung des zweiten Testaments kein Verzicht auf das erste gültige liegen. Denn „nec is, qui non valere testamentum putat, repudiare potest," [32]) und er hielt ja das erste für aufgehoben. So Paulus, ganz in Uebereinstimmung mit den bisher erörterten Rechtssätzen. — Es ist aber anders entschieden, „intestatum Clodianum decessisse," und zwar, wie es scheint nach Papinians Votum „repudiasse eum ex priore testamento."

Sollte also Papinian der Ansicht gewesen sein, auch derjenige verzichte auf das ihm aus dem ersten Testamente zustehende Erbrecht, welcher dieses Testament für nichtig oder aufgehoben ansah? Gewöhnlich nimmt man dieses als unbestreitbar an, nimmt an, daß Papinian hier eine ganz irrige, unlogische Folgerung ausgesprochen habe, und in Widerspruch gerathen sei mit allen sonst anerkannten Rechtssätzen [33]). Dann wird allerdings die Frage wichtig, was gilt im Justinianischen Rechte, des Paulus mit dem übrigen Inhalte der Quellen harmonirende Ansicht? oder Papinians Votum, weil darnach einmal jener Prozeß entschieden worden ist? Für das Letztere könnte vorzüglich der Umstand sprechen, daß die Stelle aus den libris decretorum [34]) entlehnt ist, und allem Anscheine nach ein vom Kaiser selbst in höchster Instanz gesprochenes Urtheil enthält [35]), weshalb man geneigt sein dürfte, diese Entscheidung für das wirklich praktische Recht zu halten, zumal da wir ja wissen, daß auch durch bloße Decrete wirklich neues Recht eingeführt worden ist. —

---

32) l. 17. pr. D. de acq. hered.

33) Jedoch haben Ed. Caldera variar. lect. lib. I. cap. 5. (Meermann T. III. pag. 598), und A. F. Schott Opusc. jurid. pag. 73. 74. diese Ansicht für ganz natürlich und nothwendig gehalten.

34) Ueber diese Decretorum libri tres insbesondere Blume Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. Bd. IV. S. 313. Nota 30.

35) Auf Beides gehet Gajus I. §. 5.

Allein es lassen doch diese Gründe vielen Zweifeln Raum. Wenn wirklich es Zweck der Decrete war, neues Recht einzuführen, so wurde allerdings auch durch das Decret neues Recht begründet. Dieses ist z. B. geschehen in der l. ult. D. de hered. instit., imgleichen in l. ult. D. de jure fisci, wo eine neue Bestimmung über das Verhältniß des Pachters beim Verkauf eines fiscalischen Grundstückes durch ein Decret eingeführt worden ist. Und gleiche Kraft genießen ohne Zweifel diejenigen Decrete, wodurch wirkliche Controversen entschieden werden sollten Allein wenn übrigens im Auditorio principis nach dem bestehenden Rechte entschieden werden sollte, diese Entscheidung aber in den Büchern der Juristen nicht gebilligt wird, da möchte diese Autorität der Decrete schon im älteren Rechte und nach dem Citirgesetz sehr problematisch erscheinen. Für das Justinianische Recht aber fragt sich nur, welche Ansicht ist von Justinian durch die Aufnahme der Stelle gebilligt worden? Wir haben einen ähnlichen Fall, ebenfalls aus Paulus Schriften, in der l. 1. §. 14. D. ad leg. Falcid. Nachdem Paulus seine Ansicht ausgesprochen hat, fügt er auch hier bei, daß anders von Divus Antoninus entschieden sei. Und doch ist von den Compilatoren durch l. 78. D. l. cit. des Paulus Ansicht gebilligt: ein Zeichen, daß sie nicht den von den Juristen ausdrücklich getadelten Decreten eine gesetzliche Kraft beilegen wollten, und bei allen Schriftstellern ist nie an der Gültigkeit dieser Ansicht des Paulus gezweifelt worden — Die Glossatoren und deren Nachfolger, namentlich Bartolus, Baldus, Paulus de Castro, haben unbedenklich auch in unserer l. 97. D. de acq. hered. des Paulus Ansicht als die für uns gültige gebilligt. Sie ist später insbesondere ausgeführt von Duarenus und Finestres [36]), überall aus dem Grunde, weil die Pandecten aus Schriften der älteren Juristen bestehen, und Justinian selbst ausdrücklich den Meinungen dieser Ju,

36) Franc. Duarenus in tit. D. de acquir. hered. cap. IX. Jos. Finestres de acquir. vel omittenda hereditate commentarius acad. P. III. cap. 1. §. 9.

risten — als seien es seine eigenen Aussprüche — gesetzliche Kraft beigelegt hat, weshalb Alles, was sie billigen, als von Justinian gebilligt, was sie verwerfen, als von Justinian verworfen betrachtet werden müsse. Und da Justinian allerdings in seiner Verordnung de conceptione Digestorum §. 6 vorschreibt „ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem, tanquam si eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta, et nostro divino fuerint ore profusa, so wüßte ich kaum, was hiergegen mit Grund einzuwenden wäre. Dazu kommt aber gerade bei dieser Stelle, daß des Paulus Ausspruch: „non repudiare eum, qui putaret posterius valere" durch alle übrigen Aussprüche des Corpus juris bestätigt wird. Um nicht Alles zu wiederholen, erinnere ich nur an Ulpians Ausspruch in l. 17. pr. D. de acq. hered.

„nec is, qui non valere testamentum — putat, repudiare potest,"

und an die l. 8. C. de juris et facti ignor., wo gerade hinsichtlich der Anerkennung eines nichtigen Testaments gesagt ist, sie sei unschädlich, „cum errantis voluntas nulla sit." [87]) Bedenken wir ferner, daß der in einem nichtigen Testament Eingesetzte, auch wenn er die Erbschaft daraus antrat, dessen ungeachtet dieß Testament selbst noch anfechten kann, wenn er selbst Erbe aus einem andern Rechtsgrunde ist, um dieses wirklich begründete Erbrecht geltend zu machen. Und hier sollte er, wenn Dritte ihm die Nichtigkeit des Testaments nachweisen, sein wirklich begründetes Erbrecht verloren haben? Dieses möchte hinreichend sein, um die Ueberzeugung zu begründen, daß des Paulus Meinung die im Justinianeischen Recht gebilligte ist. —

Aber war denn wirklich Papinian einer entgegengesetzten Ansicht? Nahm er in der That einen Verzicht an bei dem, welcher das ältere Testament aus Irrthum für aufgehoben

87) Insbesondere l. 4. C. de juris et facti ignor

ansah, und so ein späteres nichtiges Testament anerkannte? Dieses glauben allerdings Viele, außer den früher Citirten auch Bynkershoek [38]), welcher denselben Satz auch in der l. 3. pr. D. si quid in fraud. patr. (38. 5) bestätigt glaubte. Es darf aber diese Stelle gar nicht auf unsere Frage, d. h. auf die Anerkennung nichtiger Testamente bezogen werden; denn sie spricht von der Anerkennung eines an sich gültigen Testaments, welches nur durch contra tabulas bonorum possessio hätte angefochten werden können, und darüber gelten andere Rechtssätze, und keineswegs die Grundsätze des Verzichtes. Ich hege aber die feste Ueberzeugung, Papinian kann jener Ansicht nicht gewesen sein; denn er würde sonst nicht bloß mit dem Begriff des Verzichtes selbst, und mit unbestrittenen Rechtssätzen, sondern auch mit sich selber im Widerspruch stehen. Mit dem Begriff der Verzichtleistung stände er im Widerspruch, weil diese in dem Willen bestehet, ein Recht aufzugeben, und daher die Kenntniß dieses Rechts voraussetzt; und daß dieser Satz hier allenthalben in den Quellen anerkannt ist, ja daß er von Papinian selbst anerkannt ist, sahen wir oben. Denn Papinian selbst hat in der l. 79. D. de leg. II. ausgesprochen, daß wer durch einen Irrthum, ja einen Rechtsirrthum, bewogen, einen späteren nichtigen Codicill für gültig hält, und so einen älteren Codicill dadurch als aufgehoben ansiehet, durch die Anerkennung des späteren ungültigen Codicilles sein Recht auf den gültigen nicht aufgegeben hat. Er hat also selbst erklärt, daß hierin kein Verzicht zu sehen sei, nicht einmal bei Vermächtnissen. Dieses fühlten schon ältere Schriftsteller, namentlich die oben citirten Paulus de Castro, Duaren und Finestres. Sie suchten deshalb Papinian von dem Vorwurfe eines solchen Widerspruchs auf folgende Weise zu retten. Sie nehmen an, Papinian und Paulus seien über die Sache selbst ganz einig gewesen. Der in beiden Testamenten eingesetzte Erbe habe nur

38) In den Noten zur Göttinger Ausgabe des Corpus juris ad h. l.

aus dem nichtigen, gar nicht aber aus dem ersten gültigen Testamente die Erbschaft angetreten; er sei schon verstorben gewesen, da die Nichtigkeit des zweiten sich herausstellte, und seine Erben konnten natürlich nicht mehr antreten. Er habe also versäumt, aus dem ersten anzutreten, was wohl sonst die Römer durch den schwankenden Ausdruck „omittere hereditatem“ bezeichnen, was hier aber Papinian sehr uneigentlich durch „repudiare“ bezeichnet habe, und diesen Ausdruck nur habe Paulus, als der Sache unangemessen, getadelt, in der Sache selbst sey er ganz einverstanden. — Allein diese Ansicht scheint doch etwas bedenklich, sowohl die Annahme des gar nicht erwähnten Todes des testamentarischen Erben, wie auch die Annahme, daß beide Juristen den Rechtsfall gleich beurtheilt hätten; denn die Entscheidung ist für den Intestaterben. Paulus Worte aber weisen darauf hin, daß er das ältere Testament noch als gültig und wirksam ansiehet.

Ich fasse die Stelle in folgender Weise auf. Paulus, der Verfasser der Stelle, hat uns freilich seine eigene Ansicht, sowohl was das Factische, wie was das Rechtliche anbelangt, deutlich mitgetheilt. Dagegen darüber, wie Papinian den im Gericht vor beiden verhandelten Fall aufgefaßt hatte, fehlt uns dessen eigene Relation, wir haben nur sein von Paulus mitgetheiltes Votum, Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem... Papinian nahm also allerdings im vorliegenden Falle eine Repudiation an; aber folgt daraus, daß er auch bei dem, der über die Gültigkeit irrte, eine Repudiation annahm? Keineswegs! sondern daß er dieß nicht annahm, sagt er selbst in l. 79. D. de legat. II. Vielmehr möchte hieraus folgen, daß Papinian das Thatsächliche des Rechtsfalls anders aufgefaßt hatte, wie Paulus. Letzterer hatte beim Vortrag der Sache sich die Ansicht gebildet, daß der testamentarische Erbe sich hinsichtlich der Gültigkeit des zweiten nichtigen Testaments wirklich geirrt hatte, und so referirt er uns in l. 97. die Sache, indem er diese seine Ansicht sogleich in die Geschichtserzählung hineinträgt.

Papinian aber, der zuerst votirte, hatte das Thatsächliche der Sache anders aufgefaßt, und war der Meinung, es habe der Erbe die Ungültigkeit des zweiten Testaments wohl gekannt, aber dennoch — weil es vielleicht ihm günstiger war — lieber daraus erben wollen. Und deshalb votirte er ganz in Uebereinstimmung mit den oben erörterten Grundsätzen, „repudiasse eum ex priore testamento hereditatem," und der Kaiser stimmte dieser Ansicht bei. — So harmonirt die Stelle vollkommen mit allen übrigen Entscheidungen der Pandecten und des Codex. Wer aber diese Ehrenrettung Papinians nicht annimmt, dem bleibt schwerlich etwas übrig, als das Geständniß, daß Papinian hier gegen alles Recht, und mit sich selbst in Widerspruch, votirt habe. Da möchte ich doch eher annehmen, daß Paulus das Thatsächliche des Rechtsfalls einseitig uns referirt habe. —

§. 5.

Auch bei der querela inofficiosi testamento finden wir den Satz anerkannt, daß wenn ein Intestaterbe von Mehreren im Testamente eingesetzt ist, und dieses Testament auf den Antrag anderer Intestaterben rescindirt wird, dem eingesetzten Erben, auch wenn er die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hatte, sein Intestaterbtheil doch jedesmal verbleibt. Hier kommt freilich der durchgreifende Grund hinzu, daß der Intestaterbe, welcher die Querel erhebt, damit stets nur seinen Intestaterbtheil fordern kann [39]). Wenn also ein anderer Intestaterbe im Testamente eingesetzt ist, so kann, wenn richtig entschieden wird, nie das ganze Testament rescindirt werden, sondern der Intestaterbe, welcher im Testamente eingesetzt ist, bleibt zu seinem Antheil testamentarischer Erbe. Aber auch für den Fall, daß durch ein irrthümliches Erkenntniß das ganze Testament rescindirt werden sollte, haben wir in l. 19. D. de in off. test. die ausdrückliche Entscheidung,

39) Francke Recht der Notherben S. 254.

daß auch der Erbe, welcher aus dem Testamente die Erbschaft angetreten hatte, an der Intestaterbfolge Theil nimmt. Hierbei ist besonders der Entscheidungsgrund wiederum wichtig; denn auch hier heißt es;

> nec enim, quae ex testamento adiit quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri. —

Auf gleiche Weise leidet auch ein solcher Erbe, wenn ihm Forderungen gegen den Erblasser zustanden, hinsichtlich dieser Forderungen durch die Antretung der Erbschaft keinen Schaden. Freilich waren diese, wenn er die Erbschaft aus einem an sich gültigen Testamente antrat, welches später durch die Querel gestürzt wird, durch die Antretung anfangs erloschen. Allein sie werden, sobald das Testament rescindirt wird, von selbst wiederhergestellt [40]). Dagegen sind diese Forderungen niemals erloschen, wenn der Gläubiger aus einem Testamente die Erbschaft antrat, und dieses später für nichtig erklärt wird, obschon der Gläubiger sich für den Erben, und seine Forderungen für erloschen ansah.

Es gilt aber ferner bei dem Recht der quereala inofficiosi, außer andern oben erwähnten Singularitäten, der eigenthümliche Grundsatz, daß auch die einem solchen Testamente beigefügte Codicillarclausel wirkungslos ist. Der rechtliche Grund ist folgender. Wenn ein Testament durch die Querel angegriffen wird, so wird nicht über Rechtssätze und die formelle Gültigkeit des Testaments gestritten, sondern über die Lieblosigkeit des Inhalts, und die Vernünftigkeit der Dispositionen selbst, „non de jure disputatur, sed de judicio testatoris [41]), dieses judicium testatoris wird dem eines demens gleich angefochten. Wird für die Kläger erkannt, so ist dem Erblasser, gleich einem Wahnsinnigen, die testamenti-factio abgesprochen, und damit ist auch über die Er-

---

40) l. 21. §. 2. D. de inoff. test. L. 22. C. eod. tit.
41) l. 24. D. de his quae ut indign. 34. 9.

dicillarclausel der Stab gebrochen [42]). Deshalb konnte natürlich auch der testamentarische Erbe, wenn durch die Querel das Testament rescindirt war, schon zur Zeit der Römischen Juristen, sich nicht mehr auf die Codicillarclausel berufen, und also nicht die Restitution der Erbschaft als Fideicommiß fordern. Kann aber hiervon geschlossen werden auf Testamente, die als nichtig angefochten werden? Solch ein Schluß wäre sehr unjuristisch für alle Fälle, da das Testament wegen fehlender Form als nichtig erscheint, jedoch die Form eines Codicilles hat, und nur da, wo das Testament wegen fehlender testamenti-factio, oder als untergeschoben ungültig ist, da ist natürlich auch die Codicillarclausel ebenso nichtig. Übrigens aber war es, wenn bloß über die formelle Gültigkeit eines Testaments Streit war, allgemeinen Grundsätzen durchaus angemessen, den letzten Willen jedenfalls als Codicill aufrecht zu erhalten, auch wenn der Bedachte schon vergebens versucht haben sollte, denselben als Testament geltend zu machen. Denn dahin gehet gerade der ausdrücklich erklärte Wille des Erblassers. Wir haben allerdings in der L. 8 C. de codicillis eine entgegenstehende Verfügung von Theodosius dem Zweiten, wonach selbst demjenigen, welcher aus Irrthum die Erbschaft als Erbe in Anspruch nahm, das Recht aus der Codicillarclausel deshalb abgesprochen werden muß. Uns interessirt hier weniger die Frage, in welchem Umfang diese Bestimmung aufgestellt worden ist, namentlich ob sie auch den trifft, welcher nur als Beklagter das Testament zu vertheidigen suchte. Man hat aber hin und wieder diese Verordnung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu rechtfertigen gesucht, und dann dürfte man geneigt sein, von derselben auf die oben erörterten Sätze über irrthümliche Anerkennung nichtiger Testamente Schlußfolgerungen abzuleiten:

42) „Quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema ejus judicia valet" l. 36. D. de legat. 3. l. 18. l. 17. §. 1. D. de inoff. test.

denn auch hier ist ein ungültiges Testament aus Irrthum als gültig anerkannt worden. Und nur aus dieser Rücksicht war diese Constitution hier nicht ganz zu übergehen.

Theodosius selbst beruft sich zuerst auf die Analogie des Satzes; »si quis defuncti agnoverit voluntatem, de inofficioso agere prohibetur« — d. h. wer ein an sich gültiges Testament anerkannte, kann es mit der Querel nicht weiter anfechten. Folgt aber daraus, daß auch ein letzter Wille nicht mehr als Codicill vertheidigt werden darf, wenn man aus Irrthum ihn als Testament geltend zu machen suchte? Es ist nicht die geringste Aehnlichkeit zwischen diesen so zusammengestellten Fällen vorhanden. Wer mit der Querel auftritt, der greift des Erblassers Willen als lieblos und unvernünftig an. Wer sich aber auf die Codicillarclausel beruft, der sucht nur den ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers aufrecht zu erhalten. Der Erblasser wollte ja vorzugsweise ein Testament errichten, nur für den Fall, daß es als Testament nicht bestehen kann, soll es als Codicill gelten. Diesem Willen des Erblassers ist es durchaus entsprechend, wenn der Bedachte den letzten Willen zuvörderst als Testament geltend zu machen strebt, und sodann erst, wenn dieses mißlingt, auf die Codicillarclausel sich beruft. Denn dazu gerade hat der Erblasser die Clausel beigefügt. Es ist ferner dem allgemeinen Grundsatz, daß Testamente so viel möglich zu erhalten sind, ganz angemessen, die Vertheidigung des Testaments nicht ohne Noth zu beschränken. Man kann auch keineswegs sagen, daß hierin eine Beeinträchtigung des Intestaterben liegen würde. Denn der Testirer kann über das Seinige gültig verfügen. Er kann unmittelbar durch Testament, und mittelbar durch Codicill dem Intestaterben die Erbschaft nehmen. Daher wird kein Recht des Intestaterben gekränkt, wenn man diesem nicht mehr giebt, als der Erblasser ihm geben wollte, zumal da ihm ohnehin gegen des Erblassers eigentliche Willensmeinung die Quarta Trebellianica

bleibt. Deshalb glaube ich, daß die Theodosische Verordnung weder mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts vereinigt, noch überhaupt, legislativ vertheidigt werden kann, sobald man überhaupt eine freie Testamenti-factio anerkennt. Am wenigsten paßte sie zum Römischen Recht. Denn was kann widersprechender sein, als diese beiden Sätze:

1) Wer ein Testament als nichtig vergebens angreift, der verliert nicht, was ihm darin hinterlassen ist, weder Vermächtniß noch Erbschaft.

2) Wer aber das Testament, dem Willen des Erblassers gemäß, als Testament zu vertheidigen suchte, der verliert was ihm für den Fall der mißlungenen Vertheidigung vom Erblasser selbst darin hinterlassen worden ist.

Hiernach möchte die gewöhnliche Ansicht, wonach die Theodosische Verfügung eine singulare, zu Rechtsanalogien ganz unbrauchbare Vorschrift enthält, vollständig gerechtfertigt sein. Allein man hat doch öfter gesucht, die Consequenz dieser Constitution auf andere Weise zu retten, und sie aus den Grundsätzen über das Wahlrecht bei alternativen Ansprüchen zu rechtfertigen [44]. Auch Theodosius hat selbst einige Fälle dieser Art als Analogie angeführt, namentlich das Recht des Patronus sich Dienste versprechen zu lassen und diese zu fordern, oder einen Pflichttheil in Anspruch zu nehmen, und die der Ehefrau ehedem gesetzte Alternative, entweder nur die Dos oder das ihr in dem Testamente des Mannes Hinterlassene zu fordern [45]. In diesen Fällen entschied allerdings die einmal erklärte Wahl unwiderruflich, und es ließen sich diese Beispiele leicht vervielfältigen. Denn

---

44) Darauf kommt noch Seuffert zurück in den Bemerkungen über die Codicillarclausel, S. 8. 9.

45) Aufgehoben in l. un §. 3. C. de rei uxor act. 5. 13.

auch für den Verkäufer ist die Wahl zwischen der lex commissoria und der Einforderung des Kaufpreises unabänderlich. Ingleichen bindet auch bei alternativen Vermächtnissen den Legatar die einmal erklärte Wahl. Dieses ist überhaupt Regel bei wirklich alternativ zustehenden Rechten. Da bekommt aber auch der Berechtigte das, was er erwählte, wirklich. Es ist aber eine ganz andere Sache, wenn nicht wirklich alternative Rechte vorhanden sind, sondern in der That nur eines, und der Berechtigte nicht dieses in Anspruch nimmt, sondern aus Versehen ein anderes verfolgt, welches ihm nicht zustehet. Dieses, welches er verfolgte, bekommt er natürlich nicht (ein wesentlicher Unterschied vom vorigen Fall), er kann aber durch diesen falschen Schritt nicht das Recht, welches ihm zustehet, verloren haben. Und dieses Verhältniß ist vorhanden, wenn einem als Testament ungültigen letzten Willen die Codicillclausel beigefügt ist, und nur der darin Bedachte, anstatt die Erbschaft als Universalfideicommiß zu fordern, diese als directer testamentarischer Erbe in Anspruch nimmt. Er hat auch hier nur eine falsche Klage erhoben, wenn er Statt der wirklich begründeten petitio fideicommissi eine unbegründete hereditatis petitio anstellte, keineswegs aber hat er zwischen zwei ihm wirklich, aber alternativ zustehenden Rechten gewählt. Denn die Erbschaft war ihm nicht deferirt.